Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

III.

Ueber die Beweislaſt bei der Negatorienklage (1830).

Von

Herrn Heiſe,

weil. Präſidenten des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

Nachtrag zur Du Roi'ſchen Ausführung.

Obgleich ich bisher immer die Meinung gehegt und gelehrt habe, daß bei der actio negatoria Beklagter ungeachtet ſeines Beſitzes beweiſen müſſe, ſo muß ich doch bei wiederholter Erwägung mit Herrn O.A.R. Du Roi für die gegentheilige Meinung mich erklären, wiewohl ich nicht in allen Gründen demſelben beitreten kann und nur durch L. 15. D. 39, 1 bewogen werde.

Bekanntlich war dieſe Frage von jeher eine Hauptcontroverſe, und bis auf die neueſte Zeit hat keine beider Meinungen weder in der Doctrin noch in der Praxis ein ſolches Uebergewicht erlangt, daß man ſich dadurch beſtimmt finden könnte, eine derſelben als die recipirte vorzuziehen. Wenn zur Zeit der Gloſſatoren und Commentatoren, die dem Kläger günſtige Meinung in der Doctrin entſchieden vorherrſchte, ſo haben dagegen ſpäter ſo viele und bedeutende Juriſten ſich für die Befreiung des beſitzenden Beklagten vom Beweiſe erklärt, daß Zahl und Gewicht der Stimmen wohl beinahe gleich iſt. Ebenſo finden ſich aus der Praxis in älterer und neuerer Zeit Präjudicien in utramque partem, wenn auch vielleicht mehrere zu Gunſten des Klägers, ſo daß auch Hufeland anerkennt, von entſchiedenem Gerichtsgebrauch könne nicht die Rede ſein. Auch in Hamburg iſt ein ſolcher gewiß nicht vorhanden. Es muß alſo die Entſcheidung rein aus der Theorie geſchöpft werden, und das römiſche Recht iſt unſere einzige Quelle. Hier muß ich nun

1) wie auch O.A.R. D. R. annimmt, der Meinung ſein, daß wenn die Sache bloß aus allgemeinen Prinzipien des Rechts zu entſcheiden wäre, Kläger nur ſein Eigenthum zu beweiſen hätte, und der Beklagte jedesmal den rechtmäßigen Erwerb der Servitut. Denn da das Eigenthum unzweifelhaft die Befugniß

ertheilt, jeden Andern von Benutzung der betreffenden Sache auszuschließen, so hat Kläger durch den Beweis des Eigenthums zugleich schon die Befugniß bewiesen, dem Beklagten diejenigen Handlungen zu verwehren, die dieser kraft seiner Servitut in Ansehung der Sache des Klägers vornehmen will. Sein ius prohibendi ist also dargethan, und bloßer Besitz kann dem Beklagten dagegen nicht zu Statten kommen. Denn es ist ganz falsch, als ob aus dem Besitz eine Präsumtion für dessen Rechtmäßigkeit, für das wirkliche Dasein des besessenen Rechts entstände, sondern die Freiheit des Besitzers von der Beweislast ist lediglich Folge des Grundsatzes in pari causa possessor potior habetur, und reicht nicht weiter als dieser. Es ist aber nicht mehr par causa, sobald der Kläger schon ein ius prohibendi erwiesen hat, der Beklagte aber noch gar kein Recht. Daher ist das gewöhnliche Argument, daß die Freiheit des Besitzers von der Beweislast dem Beklagten in unserm Falle zu Statten kommen müsse, nur gültig, so lange der Kläger sein Eigenthum noch nicht bewiesen hat, nachher aber durchaus unzureichend, wie sich dies am deutlichsten ergiebt, wenn man unseren Fall mit dem, wo sich der Beklagte ein Pfandrecht oder ein publicianisches Eigenthum zuschreibt, vergleicht, in welchen Fällen es gar keinen Anstand hat, daß, sobald der Kläger sein Eigenthum erwiesen hat, der Beklagte ungeachtet seines Besitzes das von ihm behauptete Recht beweisen müsse. In allgemeinen Prinzipien ist aber gewiß kein Grund, warum dies nicht eben so gut bei Servituten der Fall sein sollte, wie bei Pfand, Pacht u. s. w.

2) Ferner muß ich der Meinung bleiben, daß die Lehre, welche dem Beklagten den Beweis auferlegt, bei weitem vernünftiger und angemessener ist, als die gegentheilige, und legislatorisch entschieden den Vorzug verdient. Der Beweis, den Letztere dem Kläger zumuthet, daß Beklagter die Servitut nicht rechtmäßig erworben habe, ist freilich in einzelnen Fällen bald zu führen. So in dem vorliegenden Falle. Denn sobald Kläger seine Behauptung beweist, daß zu der Zeit, wo Beklagter sein Grundstück kaufte, die Servitut noch nicht existirt habe, ist der Beweis geführt, weil Beklagter einräumt, sie selbst nicht erworben zu haben. Selbst wenn er nur beweisen kann, daß dieselbe zu der

Zeit, wo X. den Nießbrauch erlangte, noch nicht exiſtirt habe, ſo iſt das genügend, weil ſeit der Zeit kein Eigenthümer des Grundſtücks exiſtirt hat, von dem Beklagter die Servitut hätte erwerben können. Allein im Ganzen iſt dieſer Beweis doch eine wahre probatio diabolica, und offenbar dem Inhaber der Servitut, wenn er ſie rechtmäßig erworben hat, viel leichter, darüber Beweis zu erbringen, als umgekehrt dem Eigenthümer der Beweis eines vitioſen Urſprungs der Servitut fallen wird. Ein Geſetzgeber hat aber gewiß alle Urſache, dafür zu ſorgen, daß Fälle, wo das materielle Recht aus Mangel des Beweiſes verloren geht, ſo ſelten wie möglich eintreten mögen, und es iſt daher gewiß eine angemeſſene Regel, den Beweis vorzugsweiſe demjenigen aufzulegen, der denſelben, wenn er Recht hat, am leichteſten führen kann.

3) Auch kann ich das Hauptargument des O.A.R. D. R., daß das Fundament der Negatorienklage in der Nichtexiſtenz der Servitut beſtehe, und daher dieſe Nichtexiſtenz in Folge der allgemeinen Regel, daß Kläger ſein fundamentum agendi zu beweiſen habe, vom Kläger bewieſen werden müſſe, keineswegs für allein entſcheidend halten. Ich gebe zu, daß das Fundament der Negatorienklage keineswegs bloß im Eigenthum der Sache lag, ſondern, wie die Formel es ausdrückt, in dem ius adversario non esse. Allein

a) in dieſer Formel heißt ius keineswegs Servitut, ſondern Recht, denn:

1) wenn die actio negatoria gegen eine servitus in non faciendo in der poſitiven Formel ius mihi esse angeſtellt würde, ſo heißt ius offenbar nur Recht. Es iſt aber ſehr unwahrſcheinlich, daß daſſelbe Wort in derſelben Formel derſelben Klage ſo weſentlich verſchiedene Bedeutungen gehabt habe, und viel natürlicher anzunehmen, daß auch in der Formel der actio confessoria, ius nur in der allgemeinen Bedeutung von Recht zu nehmen ſei.

2) Wurde ja die actio negatoria ſicher auch gegen rein zufällige Eingriffe in das Eigenthum gebraucht, bei denen der Gegner gar nicht die Meinung hatte, ſich eine Servitut zuzuſchreiben. Für ſolche Fälle aber iſt es doch ſehr erkünſtelt, das ius für Servitut zu nehmen.

3) Wird ja die Formel zuweilen auch mit dem Zuſatz an-

geführt: invito me — ius tibi non esse uti frui — aedificatum habere, z. B. L. 5. pr. D. 7, 6. l. 6. pr. D. 8, 5. Die natürlichſte Erklärung dieſes Zuſatzes iſt aber doch gewiß die: du haſt kein Recht, dies wider meinen Willen zu thun.

4) Sehr entſcheidend iſt auch L. 11. D. 8, 5. Hier wird die Formel auf den Fall angewendet, wo ein socius in re communi einſeitig etwas unternimmt. In dieſem Falle kann aber doch nicht füglich von einer Servitut die Frage ſein: es muß die Stelle nothwendig überſetzt werden: du haſt kein Recht.

b) Iſt aber die Bedeutung der Formel oder das fundamentum agendi nur die: du haſt kein Recht scil. invito me, ſo iſt der Sinn derſelben gleichbedeutend mit: mihi est ius prohibendi, wie denn auch in l. 11. cit. und in l. 5. pr. D. 7, 6 dieſelbe ausdrücklich dahin erklärt wird. Der Beweis, mihi est ius prohibendi ergab ſich aber ſchon aus dem Beweiſe des Eigenthums, und war durch den Beweis des Eigenthums zugleich mitgeführt: alſo läßt ſich aus der Formel der Negatorienklage keineswegs die nothwendige Folge ableiten, daß der Kläger das Nichtdaſein der Servitut habe beweiſen müſſen.

c) Selbſt wenn man annimmt, daß ius in der Formel ſo viel heißt als: du haſt keine Servitut, ſo würde es doch noch als ſehr möglich erſcheinen, daß die Römer hierüber dem Kläger keinen beſondern Beweis abgefordert, ſondern die Regel angewandt hätten: facta negantis per rerum naturam nulla probatio est. Denn daß das römiſche Recht das Prinzip befolge, daß Niemand leicht mit dem Beweis einer reinen Negation bebürdet werde, muß ich fortwährend annehmen, da dieſe Regel ſo ſehr in der Natur der Sache liegt. — Alles alſo was zugegeben iſt, beſteht nur darin, daß die Natur der Klage, und der Umſtand, daß der Kläger in derſelben die Behauptung aufſtellte: Beklagter habe kein Recht zu dieſer Handlung, die Römer wohl habe veranlaſſen können, dem Kläger den Beweis der Nichtexiſtenz der Servitut aufzulegen: keineswegs aber, daß dieſes aus der Natur der Klage mit Nothwendigkeit folge, und dieſe Folgerung auch dann ſchon angenommen werden müſſe, wenn gleich keine poſitiven Beweiſe vorhanden wären, daß die Römer dieſe mögliche Folgerung wirklich gemacht haben.

4) Dagegen aber muß ich mit der Ausführung des O.A.R. D. R. die l. 15. D. 39, 1 für völlig entſcheidend und für einen Beweis achten, daß die Römer die eben gedachte mögliche Folgerung auch wirklich gemacht haben. Namentlich iſt es der zweite Fall dieſer Stelle, welcher die Sache entſcheidet. Hier wird geſagt: wenn ein Eigenthümer des praedii servientis die actio negatoria anſtellt, und der angebliche Servitutberechtigte ſich nicht defendirt, ſo ziehe dieſe contumacia ihm den Nachtheil zu, daß er nun ſeinerſeits die actio confessoria anſtellen und de iure suo probare necesse habet. Alſo würde er, wenn er ſich auf die actio negatoria gehörig eingelaſſen hätte, nicht nöthig gehabt haben, de iure suo probare, die Servitut zu beweiſen, und alſo hat der Beklagte, der mit der negatoria belangt wird, in der Regel nicht nöthig, die angemaßte Servitut zu beweiſen. Vergebens wird gegen dieſe Stelle eingewandt, daß ſie nur von dem Falle begangener contumacia rede. Denn eben daraus, daß ſie in dieſem Falle den Beklagten mit dem Beweiſe der Servitut, als beſonderer Strafe de contumacia belaſtet, ergiebt ſich, daß er außer dieſem Falle zu dieſem Beweiſe nicht verpflichtet ſei. Ebenſo irrig iſt der Einwand: den Kläger treffe freilich die Beweislaſt principaliter, allein er genüge derſelben ſchon durch den Beweis ſeines Eigenthums. Denn zufolge der angegebenen Anſicht ergiebt ſich aus dieſer Stelle nicht bloß, daß Kläger principaliter beweiſen müſſe, ſondern vielmehr, daß der Beklagte, der nicht contumax war, die angemaßte Servitut überhaupt nicht zu beweiſen brauche, was mit der Annahme, daß er, ſobald das Eigenthum des Klägers klar ſei, dieſen Beweis übernehmen müſſe, in offenbarem Widerſpruche ſteht. Vergeblich iſt ferner die Ausflucht, hier ſei von einer actio confessoria, einer servitus altius tollendi die Rede. Denn iſt nach dem Zuſammenhang des Geſetzes doch anzunehmen, daß von einer und derſelben Servitut die Rede ſei, ſo redete alsdann die erſte Hälfte von actio negatoria aus eben dieſer Servitut, und enthielte dann dieſe erſte Hälfte daſſelbe Reſultat, wie ſonſt die zweite. Zwar hat von Löhr im Magazin Th. 3. S. 511 die Lehre aufgeſtellt, daß die Römer ſowohl das altius tollendi ius als das non tollendi beides als Servituten angeſehen, und in

l. 15 ſei alſo die Colliſion zweier Servituten oder zweier actiones confessoriae in Frage: dieß muß ich aber für eine ganz widerſinnige und willkürliche Annahme halten.

5) Auf der andern Seite hat man ſich zwar auf l. 5. pr. D. 7, 6 als auf eine durchaus entſcheidende Stelle berufen. Allein

a) Dieſe Stelle entſcheidet gar nichts. Sie erklärt ſich freilich bei der Vorausſetzung, daß der beklagte Beſitzer beweiſen müſſe, ſehr wohl, aber ebenſo gut auch bei gegentheiliger Annahme. Denn muß der Kläger, um obzuſiegen, zweierlei beweiſen: 1. se dominum esse, 2. adversario usumfructum non competere; und kann er zwar das Letzte, nicht aber das Erſte beweiſen, ſo muß er nach der Regel, die bei allen copulativen Beweiſen gilt, abgewieſen werden, und der Gegner bleibt im Beſitze; ebenſo wie z. B. bei der rei vindicatio, wenn der Kläger zwar beweiſen kann, daß der Gegner gar kein Recht an der Sache habe, aber doch ſein eigenes dominium zu beweiſen nicht im Stande iſt.

b) Wenn die Stelle auch für den ususfructus entſcheidend wäre, ſo würde daraus noch kein Schluß auf Realſervituten gelten, ſondern dann die Vereinigung der l. 5. mit l. 15. D. 39, 1 in dem Unterſchiede zwiſchen Perſonal- und Realſervituten zu ſuchen ſein. Denn beim ususfructus gilt bekanntlich die Regel: pars dominii est. l. 4. D. 7, 1, l. 76. §. 2. D. 31, l. 58. D. 45, 1, : und da erſcheint es alſo ſehr natürlich, daß derjenige, der ſchon bewieſen hat, dominium suum esse, nicht noch beſonders zu beweiſen brauche, daß auch dieſer Theil des Eigenthums ihm und nicht dem Gegner zuſtehe. Dieſes Raiſonnement läßt ſich aber bei Realſervituten nicht anwenden.

6) Die Frage, ob Kläger, der die actio negatoria anſtellt, nicht ſelbſt dann zu beweiſen ſchuldig ſei, wenn gleich ſein Gegner ſich nicht im Beſitze befinde, wird nach der Theorie des O.A.R. D. R. völlig conſequent bejaht. Es iſt aber doch bedenklich, dem beizupflichten. Einmal baue ich Alles auf l. 15. D. 39, 1. Hier wird ausdrücklich deßhalb der Fall vorausgeſetzt, daß nicht höher gebaut ſei, alſo der angebliche Servitutberechtigte ſich wirklich im Beſitz befunden hat. Zweitens iſt die Lehre, daß der nichtbeſitzende Beklagte zum Beweiſe der Servitut verbunden ſei,

ſo allgemein, als ausgemacht angenommen, daß bis auf Schweppe wohl kaum ein Zweifel dagegen erregt worden iſt, und könnte ich mich nicht entſchließen, einen ſo entſchiedenen Grundſatz zu verlaſſen, um einen praktiſch höchſt unzweckmäßigen an deſſen Stelle zu ſetzen.

IV.

Die actio quod iussu findet ſtatt, wenn der Hausſohn in den Angelegenheiten ſeines Vaters oder in ſeinen eigenen contrahirt hat.

Von

Herrn Du Roi,

weil. Oberappellationsrath zu Lübeck.

Die Meinung, die actio quod iussu finde nur ſtatt, wenn der filius familias in den Angelegenheiten des Vaters, nicht aber, wenn er in ſeinen eigenen Angelegenheiten contrahirt habe, iſt zwar von

Müller, civiliſt. Abhandl. Nr. IV

ausgeführt und

Vangerow, Pandecten, Bd. 1. p. 367 (p. 512 d. 6. A.)

wie Fritz, zu Wening Ingenheim, Bd. 2. p. 247

ſind derſelben beigetreten. Allein ich müßte die von

Thibaut, Archiv für civiliſt. Praxis. Bd. 12, Nr. 10, vertheidigte Anſicht für die richtige halten, daß die actio quod iussu ohne Unterſchied ſtattfindet, der Sohn mag in den Angelegenheiten des Vaters, oder in ſeinen eigenen contrahirt haben. Denn

α. in keiner einzigen Stelle des römiſchen Rechts iſt jene Beſchränkung gemacht, ſondern in allen wird ganz allgemein geredet, von welchen Stellen diejenigen, worin nur Sklaven genannt werden, nach pr. 4, 7. quod cum eo J. in gleicher Maaße auch für filii familias gelten und dieſe alle als mitgenannt anzuſehen ſind. So heißt es in

§. 1 J. tit. cit.: si cum servo negotium gestum erit:

L. 1. D. eod. tit.: si iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit.